Arbeitsleistungen eines Minderjährigen auf Grund eines gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters eingegangenen Arbeitsverhältnisses.

Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Breslau

vorgelegt

von

Walter Mählike

Referendar

beim Landgericht I Berlin.

Breslau 1930.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter:
Oberlandesgerichtsrat Professor Dr. R. Schott.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546319_0177

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. I. Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis 11

II. Besteht zwischen dem Arbeitgeber und dem minderjährigen Arbeitnehmer ein Arbeitsvertrag?

§ 2. 1. Ist der Arbeitsvertrag bereits bei Abschluß wirksam zustande gekommen? 17

2. Kann er infolge der Erfüllung nachträglich wirksam werden?

§ 3. a) Durch direkte Anwendung von § 110 B.G.B.? . . 18

§ 4. b) Auf Grund analoger Anwendung von § 110 B.G.B.? 20

§ 5. c) Direkte und analoge Anwendung von § 110 B.G.B. sind abzulehnen 22

§ 6. 3. Hat der Minderjährige einen Anspruch auf Grund von § 107 B.G.B.? 23

III. Das „Arbeitsverhältnis" als Grundlage eines Entgeltanspruches für die bewirkten Arbeitsleistungen.

§ 7. 1. Der Bereicherungsanspruch gemäß § 812 ff. B.G.B. . 26

§ 8. 2. Der Anspruch gemäß § 52 des Entwurfes eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes 29

§ 9. 3. Der Entgeltanspruch auf Grund von Treu und Glauben 34

§ 10. 4. Geltendmachung des Anspruches 41

§ 11. IV. Rechtsvergleichung 42

Literaturverzeichnis.

Auerswaldt: Recht der Minderjährigenarbeit in G.K.Ger. Bd. 22, S. 27 ff.

Bail: Das Rechtsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer in Handwerk, Industrie und Handelsgewerbe. 2. Aufl. Berlin 1912.

Baum: Recht des Arbeitsvertrages. Leipzig 1911.

„ Die Kündigungsfrist der Angestellten in J.W. 1926, S. 2048.

Bewer: Arbeitsentgelt bei nichtigem oder fehlendem Arbeitsvertrag in L.Z. 1924, S. 320 ff.

„ Zur Angemessenheit des Arbeitsentgelts in Gruch. Bd. 67, S. 251.

Biermann: Bürgerliches Recht Bd. I. Berlin 1908.

Boethke: Zu § 110 B.G.B. in D.J.Z. 8 (1903), S. 451.

Borchardt: Die Handelsgesetze des Erdballs. 3. Aufl. Bd. 11, 1, S. 48.

Burchardt u. von Schulz: Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiter. 2. Aufl. Berlin 1911.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. Die allgemeinen Lehren und das Schuldrecht. 8. Aufl. Jena 1927.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. 3. Aufl. Halle a. S. 1906.

Elster: Lexikon des Arbeitsrechts. Jena 1910.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 9. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I., Teil 1. 30. bis 34. Aufl. Marburg 1928.

Erdel: Individuelles Arbeitsrecht in Glöckners Handelsbücherei. Bd. 89.

von Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht III. Bd. Schuldrecht. München, Leipzig 1917.

Goldmann: Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1901/6.

Groh: Deutsches Arbeitsrecht. Breslau 1924.

Hellwig: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, 2, 3, 1. Leipzig 1903—09.

Hölder: Kommentar zum Allgemeinen Teil des B.G.B. München 1900.

Hörle: Unbeschränkte Geschäftsfähigkeit jugendlicher Arbeiter in G.K.Ger. Bd. 23, S. 37.

Hueck: Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis im neuen Arbeitsvertragsgesetze in Iher. Jhb. Bd. 74, S. 378 ff.

Hueck: Handbuch des Arbeitsrechts. 2. Buch. Das Arbeitsvertragsrecht. Stuttgart 1922.

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts. I. Bd. 1. Lfg. 1927, 2. Lfg. 1928, II. Bd. 1929. Mannheim, Berlin, Leipzig.

Hueck-Molitor-Riezler: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. Hrsg. von Erich Molitor. Mannheim, Berlin, Leipzig 1925.

Jacobi: Einführung in das Gewerbe- und Arbeitsrecht. 5. Aufl. Leipzig 1926.

„ Grundlehren des Arbeitsrechts. Leipzig 1927.

Joerges: In „Das Schlichtungswesen". Monatsschrift für Arbeitsrecht und Schlichtung. Jhrg. 1927, Sp. 27. Arbeitsrechtliche Entscheidungen und Bescheide, insbesondere aus dem Gesamtarbeitsvertragsrecht und dem Schlichtungsrecht.

Kaskel: Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft. Hrsg. von Kohlrausch und Kaskel. Bd. 31. Das Arbeitsrecht. 3. Aufl. Berlin 1928.

Kreller: Zum Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes in Arch.Ziv.Pr. N. F. 2—5 (Nr. 5, S. 49).

von Landmann: Kommentar zur Gewerbeordnung, 8. Aufl. München 1928.

H. Lehmann: Enthaftung des ausgeschiedenen Gesellschafters der offenen Handelsgesellschaft von Verbindlichkeiten aus schwebenden Lieferungsverträgen in Z. f. H. R. Bd. 79, S. 90 ff.

Lindemann-Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1926.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs. Bd. I. 1902; Bd. II. 1908, Leipzig.

Marwitz: Vertragserfüllung durch geschäftsbeschränkte Schauspieler in „Der neue Weg". Herausg. von der Genossenschaft deutscher Bühnenangehörigen. 39. Jahrg. 1910, Nr. 24, S. 275.

Matthaei: Grundriß des Arbeitsrechts. Mannheim 1923.

Melsbach: Deutsches Arbeitsrecht. Berlin, Leipzig 1923.

„ Individuelles Arbeitsrecht in J.W. 1925, S. 177 ff.

Molitor: Das Wesen des Arbeitsvertrages. 7. Heft der Schriften des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Leipzig. Herausg. von Jacobi, Leipzig, Erlangen 1925.

„ Zur Geschichte des Arbeitsvertrages in Z. f. H.R. Bd. 87 (1924), S. 379 ff.

Molitor-Hueck-Riezler: Der Arbeitsvertrag und der Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. Herausg. von Erich Molitor. Mannheim, Berlin, Leipzig 1925.

Molitor: Europäisches Arbeitsvertragsrecht. Teil 1 (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Bd. 50, 1. Herausg. von Prof. Heymann). Marburg 1928.

Nikisch: Die Grundformen des Arbeitsvertrages und des Anstellungsvertrages. Berlin 1926.

Nipperdey: Beiträge zum Tarifrecht. Mannheim, Berlin, Leipzig 1924.

„ Lehrbuch des Arbeitsrechts. 1927/29. S. Hueck.

Oertmann: Deutsches Arbeitsvertragsrecht mit Einschluß der Arbeitskämpfe. Berlin 1923.

„ Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Nebengesetzen. Allgemeiner Teil. 3. Aufl. Berlin 1927.

„ Vertragserfüllung durch geschäftsbeschränkte Schauspieler in „Der neue Weg". Herausg. von der Genossenschaft deutscher Bühnenangehörigen. 39. Jahrg. 1910 Nr. 21, S. 637 ff; Nr. 25, S. 749 ff.

Pfäfflin: Abgeleitete Geschäftsfähigkeit Minderjähriger in Gruch. Bd. 48, S. 1 ff.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Berlin 1913.

Potthoff: Faustisches Arbeitsrecht in „Arbeitsrecht" Bd. 11, S. 489 ff.

„ Probleme des Arbeitsrechts. Jena 1912.

„ Reform des Arbeitsverhältnisses in J.W. 1927, Seite 228.

„ „Werkmeisterzeitung" 1927 Nr. 5.

Prenner: Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach Deutschem Recht. München 1902.

Reger: S. unter Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden . . .

Reichsgerichtsräte-Kommentar. 1. Bd. Allgem. Teil. 6. Aufl. Berlin-Leipzig 1928.

Richter, Lutz: Grundverhältnisse des Arbeitsrechts. Berlin 1928.

„ Arbeitsrecht als Rechtsbegriff. Leipzig, Erlangen 1923. (Schriften des Instituts für Arbeitsrecht, Heft 3.)

Riezler: Venire contra factum proprium. Leipzig 1912.

„ Der Arbeitsvertrag und der Entwurf . . . 1925. s. Hueck.

Rümelin: Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.

Rundstein: Der Widerspruch mit dem eigenen Verhalten in der Theorie des französischen Privatrechts, in Arch. Bürg.R. Bd. 43, S. 319.

Schefold: Die Geschäfts- und Prozeßfähigkeit der Minderjährigen und das elterliche Verwaltungsrecht, in Arch. f. Pr. Bd. 94, S. 305 ff.

Schott: Europäisches Arbeitsvertragsrecht. Teil 2. (Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht. Bd. 50, 2. Herausg. von Heymann.) Marburg 1929.

Schwenger: Beschäftigung als Grundlage der Arbeiterversicherungspflicht (Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht. Herausgegeben von Zorn und Stier-Somlo). Tübingen 1910.

Schwenk: Hat ein Minderjähriger, der sich gegen den Willen seines gesetzlichen Vertreters verdingt, einen Lohnanspruch wegen seiner geleisteten Dienste? Dissert. Breslau 1929.
Siber: Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit in Iher. Jhb. Bd. 70, S. 254 ff.
Sigel: Der gewerbliche Arbeitsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Stuttgart 1903.
Silberschmidt: Das deutsche Arbeitsrecht. Einleitung 1923; Teil I 1926. München, Berlin, Leipzig.
Sinzheimer: Grundzüge des Arbeitsrechts. Eine Einführung. 2. Aufl. Jena 1927.
Spengler: Der Untergang des Abendlandes. Umrisse einer Morphologie der Weltgeschichte. Bd. I., 33.—47. Aufl. München 1923. Bd. II, 1.—15. Aufl. München 1922.
Stammler: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches in Einzeldarstellungen. Teil 5. Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl. Allgemeiner Teil 1925. Schuldverhältnisse 1928. Familienrecht 1926. München, Berlin, Leipzig.
Stier-Somlo: Kommentar zur Reichsversicherungsordnung und ihrem Einführungsgesetz. Bd. 1, 2. Berlin 1911—1916.
Titze: Das Recht des kaufmännischen Personals in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts. Band II, Abt. 2. Leipzig 1918.
von Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1910—1918.
Walsmann: Der Verzicht. Allgemeine Grundlagen einer Verzichtslehre und Verzicht im Privatrecht. Leipzig 1912.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Band 1, 2; 5. Aufl. Leipzig 1928.

Arbeiter-Versorgung. Zentralorgan für die Staats- und Gemeinde-Verwaltungsbehörden.
„Arbeitsrecht". Jahrbuch für das gesamte Dienstrecht der Arbeiter, Angestellten und Beamten. Herausg. von Potthoff, Stuttgart.
Arbeitsrecht und Schlichtung (Das Schlichtungswesen). Stuttgart.
Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv für zivilistische Praxis.
Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
Deutsche Juristen-Zeitung.
Entscheidungen, Arbeitsgerichtliche. Herausg. von Oegg, Teichmann, Wunderlich. Bd. 1, 2, 3. Berlin 1928.
„ Arbeitsrechtliche, des Gewerbe- und Kaufmannsgerichts Berlin. Herausg. von Wölbling, Neumann und Schultz. Berlin 1925.

Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden aus dem Gebiete des auf reichsgesetzlichen und gemeinrechtlichen Bestimmungen beruhenden Verwaltungs- und Polizei-Strafrechts. Herausg. von Reger, nebst Beilage: „Die Rechtsprechung des Reichs-Versicherungsamts". Nördlingen, München.

„ des Preußischen Oberverwaltungsgerichts. Herausg. von Mitgliedern des Gerichtshofs.

„ des Reichsarbeitsgerichts. Herausg. von den Mitgliedern des Gerichtshofs. Bd. 1, 2, 3. Berlin und Leipzig 1928 u. 29.

„ des Reichsarbeitsgerichts und der Landesarbeitsgerichte. Herausg. von Flatow, Gerstel u. a. Mannheim, Leipzig: Bensheimer 1928, 29.

„ des Reichsgerichts in Zivilsachen. Herausgeg. von Mitgliedern des Gerichtshofes. Leipzig.

Das Gewerbe- und Kaufmannsgericht.

Jahrbuch arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Kaerger und Erdmann. Berlin 1922).

Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.

Juristische Wochenschrift.

Karten-Auskunftei: Abteilung „Arbeitsrecht", herausg. von Dr. Kallee, Stuttgart.

Leipziger Zeitung für Deutsches Recht.

Nachrichten, Amtliche, des Reichsversicherungsamts. Berlin.

„Der neue Weg". Herausg. von der Genossenschaft deutscher Bühnenangehörigen.

Rechtsprechung des Arbeitsrechts 1914 bis 1925 mit Anhang 1926, Stuttgart 1927. Hälfte 2. 1926/27 mit Nachtrag 1913/25. (Mitarb.) H. Meissinger 1927/28 (einschl. Oktober bis Dezember 1927). Herausg. von Heinz Potthoff, Jadesohn und Meissinger. Stuttgart 1928.

Reichsarbeitsblatt, N.A.T. 1924 (28. Sonderheft zum R.A.Bl. 2. Stück 1923). Denkschrift und Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, aufgestellt vom Arbeitsrechtsausschuß.

Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht.

I.

Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis.

§ 1.

Den Gegenstand der Untersuchung bildet die Frage, ob und welche Rechte einem minderjährigen Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber zustehen, wenn er für diesen gegen den Willen seines gesetzlichen Vertreters Arbeit geleistet hat.

Ist zwischen den Parteien überhaupt ein gültiger Vertrag zustande gekommen?

Gemäß § 107 BGB. bedarf ein Minderjähriger, d. h. eine Person von 7—21 Jahren (§§ 2 und 106 BGB.) zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Schließt der minderjährige Arbeitnehmer mit seinem Arbeitgeber einen Vertrag, ohne daß der gesetzliche Vertreter des Minderjährigen (z. B. der Vater oder der Vormund) seine Einwilligung zu diesem Vertragsabschluß gegeben hat, so hängt gemäß § 108 Abs. 1 BGB. die Wirksamkeit dieses Vertrages von der Genehmigung des Vertreters ab. Der Vertrag ist also bis zur Erklärung der Genehmigung schwebend unwirksam. Da in dem zur Untersuchung stehenden Falle davon auszugehen ist, daß der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung zum Abschluß des Arbeitsvertrages versagt hat, so ist der durch § 108 Abs. 1 BGB. bedingte Schwebezustand überhaupt nicht eingetreten. Ein wirksamer Vertrag ist also zwischen dem minderjährigen Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber niemals zustande gekommen.

Da aber der Minderjährige eine längere oder kürzere Zeit hindurch für den Arbeitgeber tätig gewesen ist, kann man aus dem Umstand, daß ein gültiger Vertrag nicht zur Entstehung gelangt ist, nicht etwa schlechthin folgern,

daß auch keine Beziehungen tatsächlicher Natur von rechtlicher Auswirkung zwischen beiden Parteien bestanden haben. Der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer haben, solange letzterer ohne die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters Arbeit geleistet hat, zum mindesten in einem sogen. „Arbeitsverhältnis" zueinander gestanden.

Da im Schrifttum der Begriff des Arbeitsverhältnisses in ganz verschiedenem Sinne Verwendung findet, möchte ich zunächst kurz die in der Literatur vorkommenden Bedeutungen, die mit diesem Begriff verbunden werden, vorwegnehmen:

Das Arbeitsverhältnis ist:

1. das aus dem Arbeitsvertrag entspringende Schuldverhältnis, also Rechtsverhältnis;
2. das zur Arbeit verpflichtende Rechtsverhältnis, gleichgültig, ob es aus einem Arbeitsvertrag entspringt, und
3. die Beziehungen des Arbeitgebers zur Gesamtheit seiner Arbeitnehmer, einschließlich des Verhältnisses der beiderseitigen Organisationen, allenfalls aller Rechtsbeziehungen auf Grund des Arbeitsvertrages oder der tatsächlichen Beschäftigung auch zu anderen Personen, den Mitarbeitern usw.[1]).

Diese drei Definitionen scheiden jedoch im vorliegenden Falle aus. Hier handelt es sich lediglich um das rein faktische, tatsächliche Arbeitsverhältnis, nämlich um den Zustand, in welchem Arbeit geleistet wird, ohne Rücksicht auf einen etwa bestehenden oder auch nicht vorhandenen Arbeitsvertrag. Die Verwendung des Begriffes „Arbeitsverhältnis" in dem eben genannten Sinne ist bei einem großen Teil der Arbeiterschutzbestimmungen und vor allem in der Sozialversicherung zum Ausdruck gekommen.

Da es sich beim Arbeitnehmerschutzrecht nicht um die Gestaltung der vertraglichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer handelt, sondern um die Schaffung öffentlichrechtlicher Pflichten für den Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer beschäftigt, und für den Arbeitnehmer

[1]) Hueck-Nipperdey, 1927, Lehrb. I, 1, § 22, S. 97.

selbst, so ist die Anwendung der Vorschriften des Arbeitnehmerschutzrechtes nicht von dem Vorhandensein eines Arbeitsvertragsverhältnisses abhängig, sondern sie setzt nur die tatsächliche Beschäftigung, also ein faktisches Arbeitsverhältnis voraus.

Die Arbeitszeitverordnungen sprechen nicht von Vertragsverhältnissen, sondern nur von Beschäftigung, so die Bestimmungen der Gewerbeordnung über die Sonntagsruhe (§§ 105 a—i)[1]) und über die Arbeitszeit und -pausen jugendlicher und weiblicher Arbeiter (§§ 135—139 a Gew.O.)[2]). Auch das Kinderschutzgesetz vom 30. März 1903 (ergänzt durch das Gesetz vom 31. 7. 1925) bezieht sich nur auf eigene und fremde, in Ausübung der Zwangserziehung beschäftigte Kinder. Es spricht nicht davon, daß diese Kinder auf Grund eines Dienstvertrages beschäftigt werden. „Beschäftigung" gibt nach diesem Gesetz derjenige, der eine Tätigkeit duldet, zuläßt oder freistellt, sie also nicht verhindert. Ein gewerblicher Arbeitsvertrag braucht nicht vorzuliegen. Die Beschäftigung auch nur in einzelnen Dienstleistungen ist Beschäftigung im Sinne des genannten Gesetzes. Auch in § 1 des Betriebsräte-Gesetzes ist die Pflicht zur Errichtung eines Betriebsrates nicht von dem Abschluß von Dienstverträgen mit 20 Arbeitnehmern, sondern von deren Beschäftigung abhängig gemacht[3]). Sodann hängt

---

[1]) Ferner die Verordnung über die Sonntagsruhe im Handelsgewerbe vom 5. 2. 1919.

[2]) Vor allem die Vorschriften der verschiedenen Arbeitszeitverordnungen über den Maximalarbeitstag (Anordnung über die Regelung der Arbeitszeit gewerblicher Arbeiter vom 23. 11. 1918; V.O. über die Regelung der Arbeitszeit der Angestellten vom 18. 3. 1919 und V.O. über die Arbeitszeit vom 21. 12. 23; §§ 3—5, 12, 14 der vorläufigen Landarb.O.; §§ 35—40 Seemanns-O.; V.O. über die Arbeitszeit in Kokereien und Hochofenwerken v. 25. 1. 1925;; V.O. über die Arbeitszeit in Krankenpflegeanstalten vom 13. 2. 1924; V.O. über die Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien, 23. 12. 1918 i. d. F. vom 16. 7. 1927.

[3]) Entsch. d. RAG. und LAG. (Flatow-Hueck-Gerstel, Nipperdey) Bd. II, S. 52, 58, 189. Bensheimer Samml. Bd. IV, RAG. S. 127 u. S. 100 Rspr. d. AR. (Potthoff, Jadesohn, Meissinger), 2. Aufl. 1914/27, Nr. 1854/1863.

die Verbindlichkeit der organisatorischen Arbeitsordnung[1]) gemäß § 134 e Gew.O. lediglich vom Arbeitsverhältnis, nicht aber von dem Bestehen gültiger Arbeitsverträge ab. Ferner knüpft § 2 des Kündigungsschutzgesetzes vom 9. 7. 1926 seine Wirkungen an das Beschäftigungsverhältnis an, gleichgültig, ob ein Angestellter erst als einfacher Arbeiter oder sofort etwa als Werkmeister tätig wird. Das Arbeitsverhältnis, auf das sich § 2 des Kündigungsschutzgesetzes allein bezieht, wird nicht unterbrochen, so daß auch die als Arbeiter zurückgelegte Dienstzeit anzurechnen ist[2]).

Am frühesten ist der Begriff des Arbeitsverhältnisses im Gegensatz zum Arbeitsvertrag in der Sozialversicherung festgelegt worden. So bestimmen die §§ 165, 1226 der RVO. von 1911 in der Fassung vom 15. 12. 1924, daß Arbeiter, Gehilfen, Gesellen, Betriebsbeamte, Handlungsgehilfen und verschiedene andere Angestellte für den Fall der Krankheit versichert sind. Voraussetzung dieser Versicherung ist jedoch, daß sie gegen Entgelt „beschäftigt" werden[3]) [4]). Arbeits- und Betriebsbeamte sind gemäß § 544 RVO. gegen Unfälle versichert, wenn sie in bestimmten Betrieben oder

---

[1]) Potthoff, Reform des Arbeitsverhältnisses in JW. 27, S. 228; Nipperdey, Beiträge zum Tarifrecht, S. 9 ff.

[2]) Entsch. des RAG. u. LAG. (Flatow, Hueck, Gerstel, Nipperdey) Bd. I, S. 17, 35. Rspr. des AR. (Potthoff, Jadesohn, Meissinger) Nr. 2905, 2908, 2923, 2924. RAG. in JW. 28, S. 1075. Ebenso Potthoff, Die Werkmeister-Zeitung, 1927, Nr. 5; Baum in JW. 26, 2049.

[3]) Das RVA. hat auch in ständiger Rechtsprechung betont, daß nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes die versicherungsrechtlichen Rechte und Pflichten nicht von der Existenz eines gültigen Arbeitsvertrages bedingt sind, sondern lediglich von dem Vorhandensein eines Arbeits- oder Beschäftigungsverhältnisses (vgl. OVG. 25, 394; 27, 345; 30, 360; 39, 320; 48, 344; 53, 381. Arb.-Vers. 14, 356; 24, 432; RGZ. 66, 43/45).

[4]) Vgl. Stier-Somlo: Komm. zur RVO., Bd. I, 1915, zu § 165, S. 251 C: „Die Versicherungspflicht ist aber auch dann gegeben, wenn das Arbeitsverhältnis von einem minderjährigen Arbeiter eingegangen ist, ohne daß er hierzu die Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters aufzuweisen hat (§§ 108, 109, 113 BGB.). Eine gegenteilige Auffassung würde dem ohne Genehmigung beschäftigten Minderjährigen die Wohltaten der Krankenversicherung versagen müssen."

Tätigkeiten beschäftigt worden sind. Abs. II der genannten Bestimmung weist ausdrücklich darauf hin, daß verbotswidriges Handeln die Annahme eines Betriebsunfalls nicht ausschließt. Es ist also ganz allgemein hieraus zu folgern, daß verbotswidrige Beschäftigung, die zu keinem gültigen Arbeitsvertrag führen kann, die Versicherungspflicht nicht ausschließt, allerdings mit der Begrenzung, daß eine gegen die guten Sitten oder gegen die Staatsgesetze verstoßende Beschäftigung die Versicherungspflicht nicht begründen kann. Auch § 1 des Angestelltenversicherungsgesetzes bestimmt, daß diejenigen Angestellten zu versichern sind, die gegen Entgelt in einem Dienstverhältnis beschäftigt werden, und nach den Anl. d. RVA. Ziff. 11 Abs. II bedarf es im allgemeinen keines im Sinne des bürgerlichen Rechts gültigen und auf gewisse Zeit bindenden Dienst- oder Arbeitsvertrages, also auch nicht voller Verfügungsfähigkeit des Arbeitenden[1]).

Die Pflichten des Arbeitgebers hinsichtlich der Sozialversicherung, z. B. die Anmeldung, Beitragszahlung, das Kleben der Beitragsmarken, der Umtausch von Quittungsmarken usw. sind nicht vertragliche Pflichten gegenüber dem Arbeitnehmer, sondern öffentlichrechtlicher Natur, die zur Entstehung gelangen mit dem Augenblick, in dem sich Arbeitnehmer und Arbeitgeber zueinander in einem „Arbeitsverhältnis“ befinden[2]).

Es fragt sich jetzt, welche von den genannten Gesetzen mit ihren Schutzbestimmungen zugunsten des Minderjährigen, der ohne Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters von einem Arbeitgeber beschäftigt wird, Anwendung finden. Am zweckmäßigsten ist diese Frage zu beantworten, wenn man gleich diejenigen gesetzlichen Bestimmungen, die unter keinen Umständen für den gegebenen Tatbestand

---

[1]) Vgl. ferner: Amtl. Nachrichten d. RVA. 91, 180, Ziff. 76; 93, 102, Ziff. 284; 165, Ziff. 311; 97, 289, Ziff. 563.

[2]) Maßgebend sind die RVO. v. 1911 in der Fassung v. 15. 12. 1924, Unfallsversicherung, III. Buch, i. d. Fass. v. 9. 1. 1926; Angestelltenvers.-Ges. v. 28. 5. 24; Reichsknappschafts-Ges. v. 1. 7. 26 und das Gesetz über Arbeitsvermittlung u. Arbeitslosenversicherung v. 16. 7. 27.

in Betracht kommen, aufzeigt, nämlich die §§ 84, 96 des Betriebsräte-Gesetzes und § 2 des Kündigungsschutz-Gesetzes. Da ein wirksamer Arbeitsvertrag zwischen dem Arbeitgeber und dem Minderjährigen nicht zustande gekommen ist, sind beide Vertragsparteien folglich frei und können jederzeit ohne Kündigung, d. h. ohne eine die Lösung des Dienstverhältnisses bezweckende Erklärung, die Arbeit niederlegen bezw. aufsagen[1]).

Dagegen kommen z. B. die Arbeitszeitverordnungen, die Bestimmungen über die Sonntagsruhe, die Arbeitszeit und Pausen jugendlicher und weiblicher Arbeiter sowie das Kinderschutzgesetz in vollem Umfang zugunsten des Minderjährigen zur Anwendung, also schlechthin alle gesetzlichen Bestimmungen, die unter den allgemeinen Begriff des Arbeitnehmerschutzrechtes fallen. Insbesondere ist der Minderjährige gemäß den §§ 165, 1226 Abs. I, 544 Abs. I RVO. für den Fall der Krankheit, der Invalidität und des Betriebsunfalls pflichtversichert und demzufolge auch gemäß § 69 des Arbeitsvermittlungs- und Arbeitslosenversicherungsgesetzes für den Fall der Arbeitslosigkeit zu versichern.

Da es sich bei den Arbeitnehmerschutzgesetzen nicht um vertragliche Pflichten des Arbeitgebers, sondern um öffentlichrechtliche Pflichten gegenüber dem Staat handelt, so steht dem Arbeitnehmer ein selbständiger Anspruch auf Erfüllung der durch das Arbeitnehmerschutzrecht geschaffenen Pflichten des Arbeitgebers nicht zu. Es ist vielmehr lediglich Sache des Staates, für die Durchsetzung dieser Vorschriften Sorge zu tragen, und der minderjährige Arbeitnehmer kann sich lediglich an die Gewerbeaufsichtsbeamten wenden und ihre Aufmerksamkeit auf Pflichtverletzungen des Arbeitgebers lenken, oder auch Strafanzeige erstatten.

Die Begründung des Arbeitsverhältnisses ausschließlich auf den Arbeitsvertrag kann den tatsächlichen Verhältnissen nicht mehr gerecht werden. Das Arbeitsrecht stellt längst nicht mehr lediglich Privatrecht dar, sondern ist schon seit

[1]) Vgl. Gew.G. Berlin, Schli.W. 1926, S. 219; ferner Hueck-Nipperdey, Lehrb. 1. Bd. 1. Lief. 1927, S. 130.

vielen Jahren mehr und mehr mit öffentlichem Recht vermengt worden.

Während bisher ausschließlich die öffentlichrechtlichen Bestimmungen angeführt worden sind, und zwar in der Form, wie sie sich auf das Beschäftigungsverhältnis des Minderjährigen zu seinem Arbeitgeber auswirken, bedarf es aber weiter der Feststellung, wie die Rechtslage des Minderjährigen zivilrechtlich zu würdigen ist.

Insbesondere taucht hierbei aber die Frage auf, ob überhaupt der Minderjährige für die von ihm ohne den Willen seines gesetzlichen Vertreters geleistete Arbeit einen Anspruch auf Entgelt hat, und welche Bestimmungen des Privatrechts ihm zu diesem Anspruch verhelfen.

II.

Besteht zwischen dem Arbeitgeber und dem minderjährigen Arbeitnehmer ein Arbeitsvertrag?

§ 2.

1. Ist der Arbeitsvertrag bereits bei Abschluß wirksam zustande gekommen?

Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über das Erfordernis der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters bei Abgabe einer Willenserklärung seitens eines Minderjährigen (§§ 107, 108 Abs. I BGB.) finden auch auf den Arbeitsvertrag, der ein schuldrechtlicher gegenseitiger Vertrag mit mehr oder weniger stark ausgeprägtem personenrechtlichen Einschlag[1]) ist, Anwendung[2]). Er beurteilt sich also grundsätzlich nach den Vorschriften des 2. Buches des BGB., insbesondere nach den Normen des Dienstvertrages; selbstverständlich finden auch die allgemeinen Vorschriften über Verträge usw. auf ihn Anwendung.

---

[1]) Otto von Gierke: Deutsches Privatrecht III. Bd.; Schuldrecht, S. 591 ff.; ferner Potthoff: Arbeitsrecht Bd. 9, S. 270.

[2]) Groh: Deutsches Arbeitsrecht 1924, S. 84.

Aus der Tatsache, daß der Minderjährige von seinem gesetzlichen Vertreter die erforderliche Genehmigung nicht bekommen hat, das Arbeitsverhältnis vielmehr ausdrücklich gegen dessen Willen eingegangen worden ist, kann man ersehen, daß der abgeschlossene Vertrag nie hat wirksam werden können; die schwebende Unwirksamkeit ist infolge der Handlungsweise des Minderjährigen, die in unmittelbarem Gegensatz zum Willen des gesetzlichen Vertreters gestanden hat, sofort in eine endgültige verwandelt worden, die der Nichtigkeit gleich zu erachten ist.

Hieran ändert auch die Bestimmung des § 113 BGB nichts, wonach der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig ist, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen, falls der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen ermächtigt in Dienst oder Arbeit zu treten. Durch die Ermächtigung, wird diesem selbst die sonst nur dem gesetzlichen Vertreter als solchem zustehende Macht gewährt, Rechtsgeschäfte für den Minderjährigen abzuschließen, begrenzt natürlich auf den in der Ermächtigung angegebenen Kreis. Seine Geschäftsfähigkeit ist also insofern erweitert, als er für diesen Kreis von Rechtsgeschäften jetzt die Befugnisse eines Volljährigen hat.

Hiernach ist also festgestellt, daß der von dem Minderjährigen abgeschlossene Arbeitsvertrag endgültig unwirksam, also einem nichtigen Vertrage gleich zu achten ist, da trotz des Vorhandenseins von Willenserklärungen der Rechtserfolg ausgeblieben ist.

2. Kann er infolge der Erfüllung nachträglich wirksam werden?

§ 3.

a) Durch direkte Anwendung von § 110 BGB.?

Es fragt sich nun, welche Wirkung die Tatsache der „Erfüllung" hat, da auf Grund des Arbeitsverhältnisses

von dem Minderjährigen Arbeitsleistungen ausgeführt worden sind. Um den beschränkt Geschäftsfähigen aus dieser mißlichen und zweifellos zu unbilligen Ergebnissen führenden Lage zu helfen, auf die später noch ausführlich einzugehen ist[1]), hat man auf § 110 BGB. zurückgegriffen. Danach gilt ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zweck oder zur freien Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten überlassen worden sind.

Hölder und Biermann befürworten eine unmittelbare Anwendung der Bestimmung des § 110 BGB. auch dann, wenn der Minderjährige den Vertrag nicht mit den ihm vom gesetzlichen Vertreter überlassenen Mitteln, sondern mittels „Arbeits- oder Dienstleistungen" erfüllt.

Hölder[2]) meint, die Verpflichtung zu einer Dienst- oder Arbeitsleistung sei durch deren Vollziehung erfüllt, unabhängig davon, ob der gesetzliche Vertreter diese gestattet habe oder nicht. Was aber von der durch den Willen des gesetzlichen Vertreters dem Minderjährigen ermöglichten Erfüllung gelte, das gelte ebenso von der diesem unabhängig von der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters möglichen Erfüllung, nämlich daß sie als Erfüllung einer rechtsgültigen Verpflichtung anzusehen sei und daher für den Minderjährigen die Forderung der Gegenleistung ebenso begründe wie wenn der Vertrag von vornherein zu Recht bestanden habe. Das bürgerliche Gesetzbuch bestimme zwar ausdrücklich nur bei pekuniären und nicht bei persönlichen Leistungen, daß die Erfüllung der vom Minderjährigen übernommenen Leistung die Forderung der Gegenleistung begründe. Was aber für jene gelte, das müsse auch für diese gelten, für die zugleich das Erfordernis der Erfüllung durch Mittel wegfalle, über die der Minderjährige verfügen könne; denn ohne solche Mittel sei ihm die Vollziehung pekuniärer Lei-

[1]) Vgl. § 7 ff. der Arbeit.
[2]) Kommentar S. 246, 2 b.

stungen im Gegensatz zur Vollziehung anderer Leistungen nicht möglich.

Biermann[1]) führt aus, das Mittel, über die der beschränkt Geschäftsfähige von Natur frei verfügen könne, den ihm durch den gesetzlichen Vertreter überlassenen in ihrer Bedeutung gleichzustellen seien.

Dieser Auslegung des Begriffes „Mittel" im Sinne des § 110 BGB. vermag ich jedoch keineswegs beizutreten. M. E. sind unter solchen „Mitteln" nur sachliche Objekte Vermögensgegenstände, bei denen man an eine „Überlassung" überhaupt denken kann, zu verstehen[2]). Das geht auch schon aus den Motiven[3]) hervor, die ausführen: „Die Vorschrift des § 69 trägt der Sitte Rechnung, daß heranwachsenden Minderjährigen gewisse Geldbeträge zu freier Verfügung oder zur Verwendung für bestimmte Zwecke vom gesetzlichen Vertreter überwiesen werden. Ein größeres oder geringeres Taschengeld ist allgemein üblich. . . . . Mitunter werden auch sonstige Vermögenswerte Minderjährigen in der gedachten Art überlassen." In den Motiven ist also von Werten, die erst durch Energie in höchst persönlicher Natur geschaffen werden, d. h. von den Arbeitsleistungen des Minderjährigen mit keinem Worte die Rede.

§ 4.

b) Auf Grund analoger Anwendung von § 110 BGB.?

Kann nun, da, wie oben ausgeführt ist, eine unmittelbare Anwendung des § 110 BGB. nicht in Frage kommt, § 110 BGB. vielleicht analog angewandt werden? Hierfür sprechen sich ohne nähere Begründung von Tuhr[4]),

[1]) Kommentar S. 211.
[2]) Ebenso Reichsgerichtsräte-Komment. § 110, 3.
[3]) Vgl. Motive § 69.
[4]) Lehrb. S. 353.

Enneccerus[1]), der Reichsgerichtsräte-Kommentar[2]) und Warneyer[3]) aus.

Auch Schwenk[4]) hält die analoge Anwendung des § 110 BGB. für möglich bei Dienst- und Arbeitsleistungen, die gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters auf Grund eines von ihm nicht genehmigten, sondern ausdrücklich mißbilligten Vertrages verrichtet worden sind. Er führt hierzu aus, wenn der Vertrag zwischen Minderjährigem und Dritten zwar unwirksam sei, so bedeute diese Unwirksamkeit jedoch nicht Nichtigkeit, sondern nur eine „Unwirksamkeit im engeren Sinne". Da der § 110 BGB. seine Wirkung nicht an die Zustimmung, sondern an die Erfüllung knüpfe, der zugrunde liegende Vertrag sowieso als von Natur aus wirksamer Vertrag auch vom Gesetz nicht angesehen werde, liege kein Grund vor, die analoge Anwendung des § 110 BGB. dann abzulehnen, wenn der obligatorische Vertrag nicht noch schwebend unwirksam, sondern bereits endgültig unwirksam geworden sei. In § 110 BGB. werde die Wirksamkeit des Vertrages fingiert: „Der Vertrag gilt als von Anfang an wirksam". Fingiert werden könne aber nur eine Tatsache, deren wirklicher Charakter sich aus der Verneinung der Fiktion ergebe. Eine Verneinung der Fiktion führe aber dazu, daß der Vertrag an sich unwirksam sei. Die Unwirksamkeit des Vertrages schließe also die analoge Anwendung des § 110 BGB. nicht aus, und dieser gelange daher auch dann zur Anwendung, wenn der gesetzliche Vertreter die Genehmigung verweigere, der Minderjährige aber nichtsdestoweniger die Dienstleistung erbracht habe[5]).

---

[1]) Lehrb. S. 381, 3 b.

[2]) Zu § 110 BGB., Bem. 3.

[3]) Komment. zu § 110 BGB., S. 158.

[4]) Diss. S. 19, 27.

[5]) Schwenk irrt übrigens, wenn er meint, daß die analoge Anwendung des § 110 BGB. auch von Riezler (Venire contra factum proprium, Leipzig 1912, S. 134 ff) befürwortet werde. Dieser sagt im Gegenteil ausdrücklich, daß ihm nicht so sehr die Analogie mit der Gesetzesbestimmung des § 110 als vielmehr der allgemeine Rechtsgedanke der exceptio doli generalis entscheidend erscheine.

§ 5.

c) Direkte und analoge Anwendung von § 110 BGB. sind abzulehnen.

M. E. wird bei der von Schwenk vorgeschlagenen analogen Anwendung des § 110 BGB. jedoch der Sinn des Gesetzes verkannt. Der innere Grund, aus dem bei Erfüllung des Vertrages mit den zur freien Verfügung gestellten Mitteln die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters als entbehrlich angesehen wird, liegt darin, daß der gesetzliche Vertreter schon in dem freien Überlassen dieser Mittel an den Minderjährigen erkennen läßt, daß er im Vertrauen auf die Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen seine Geschäfte, soweit sie sich auf die ihm überlassenen Mittel beziehen, genehmigen wolle. Aus diesem Grunde hat der § 110 BGB. auch ausdrücklich bei den dem Minderjährigen von einem Dritten zur freien Verfügung überlassenen Mitteln das Erfordernis aufgestellt, daß der gesetzliche Vertreter mit der Überlassung der Mittel an den Minderjährigen durch den Dritten einverstanden ist. Diese Erwägung, die die Wirksamkeit der Verträge gemäß § 110 BGB. rechtfertigt, versagt jedoch im vorliegenden Falle. Es wäre geradezu widersinnig, ausgerechnet bei Arbeitsverträgen, die wie kaum irgend eine andere Vertragsart in die Persönlichkeitssphäre des Schuldners eingreifen, die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters nach der Erfüllung als überflüssig erachten zu wollen.

Ferner würde dadurch, daß man den vom Minderjährigen ohne Genehmigung abgeschlossenen Dienstvertrag analog § 110 BGB. wirksam werden läßt, § 113 BGB. vollständig illusorisch gemacht, denn dieser setzt ja geradezu die Ermächtigung des gesetzlichen Vertreters, in Dienst oder Arbeit zu treten, für das Zustandekommen eines wirksamen Vertrages voraus.

§ 6.

3. Hat der Minderjährige einen Anspruch auf Grund von § 107 BGB.?

Auf einem anderen Wege versucht Oertmann[1]) dem Minderjährigen, der seinerseits den Arbeitsvertrag vollkommen erfüllt hat, zu seinem Anspruch auf Entgelt zu verhelfen.

Nach seiner Ansicht steht die Unwirksamkeit, die den ohne Zustimmung abgeschlossenen Rechtsgeschäften Minderjähriger beigelegt wird, nicht der Nichtigkeit gleich. Oertmann folgert, wenn dies richtig sei, so könnten auch die Geschäfte, die von Minderjährigen als Vertretern abgeschlossen würden, nicht gültig sein; aus § 165 BGB. ergebe sich aber das Gegenteil. Die Unwirksamkeit bei nicht genehmigtem Vertrage bedeute vielmehr nur die Verneinung einer Einwirkungsmöglichkeit des Geschäfts auf das eigene Vermögen, der Minderjährige solle dadurch nicht verpflichtet werden, während eine Berechtigung nach § 107 BGB. ohne weiteres möglich sei. Die Folge davon sei, daß der Gegner des Minderjährigen bei Nichtgenehmigung das Empfangene wieder zurückzugeben habe. Das sei freilich nur möglich, wenn es sich um materielle Dinge handele. Anders hingegen bei tatsächlichen Dienstleistungen; diese gingen als nicht körperliche Leistungen nicht in das Vermögen eines Partners über, könnten also auch nicht zurückgegeben werden. Der Minderjährige habe den unwirksamen Vertrag also soweit erfüllt, daß von ihm nichts mehr getan werden könne. Seine Arbeitsleistung sei ein bloß tatsächlicher Akt und als solcher von besonderen rechtlichen Beschränkungen unabhängig; die Arbeit sei, soweit vollzogen, eine endgültige Tatsache. Was aus dem Vertrage noch zu gewähren sei, bestehe nur in der versprochenen Gegenleistung des Vertragsgegners, die als solche dem Minderjährigen ausschließlich rechtliche Vorteile bringe.

---

[1]) „Der neue Weg", 39. Jahrg. (1910) Nr. 21, S. 637 ff; Nr. 25, S. 749 ff.; Komment. zum BGB. nebst Nebengesetzen. Allgemeiner Teil 1927, S. 359 Ziff. 7; Deutsches Arbeitsvertragsrecht 1923, S. 99 ff.

Einer Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters bedürfe der Minderjährige, nachdem er alle aus dem Vertragverhältnisse für ihn erwachsenden Verpflichtungen erfüllt habe, nicht mehr; er könne die Rechte, die ihm aus der geforderten unentgeltlichen Dienstleistung beim Vorliegen eines rechtsverbindlichen Vertrages erwachsen seien, ohne weiteres geltend machen. Denn mit der Erfüllung seiner Verpflichtungen sei das Rechtsgeschäft zu einem solchen geworden, das dem Minderjährigen nur noch Vorteile bringen könne und daher nach § 107 BGB. der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters nicht mehr bedürfe[1]).

Auch dieser Ansicht kann m. E. nicht beigetreten werden. Wenn ausgeführt wird, daß das, was nach der Leistung des Minderjährigen noch zu tun übrig bleibe, für ihn nur noch vorteilhaft sein könne, so wird diese Auffassung dem Sinne des Gesetzes nicht gerecht; denn bei der Frage, ob der Minderjährige durch seine Willenserklärung lediglich rechtlichen Vorteil erlangt, darf der Vertrag nicht in zwei Teile zerlegt werden. Man kann Leistung und Gegenleistung nicht gesondert betrachten; daß die Gegenleistung für den Minderjährigen nach Bewirkung seiner Leistung (ob diese nun materiell oder immateriell ist, ist gleichgültig) wirtschaftlich nur vorteilhaft ist, wird ja in der Regel stimmen. Der Minderjährige verliert aber durch die Einziehung seiner Forderung den Anspruch auf die Geltendmachung dieser Forderung, das Geschäft ist also rechtlich nicht lediglich vorteilhaft für ihn. Die Tatsache, daß es dem Minderjährigen einen wirtschaftlichen Vorteil bringt, wenn er seine Forderung auf die ihm zustehende Gegenleistung geltend macht, kann also nach geltendem Recht nicht zur Heilung des unwirksamen Vertrages führen. Wenn die gegenteilige Ansicht richtig wäre, so würde man zu dem Ergebnis kommen, daß ein von einem Minderjährigen abgeschlossener, mangels Zustimmung des gesetzlichen Vertreters unwirksamer Ver-

[1]) Die Ansicht Oertmanns findet sich auch in einer Entscheidung des Reichsgerichts bei Warn.Rspr. 14 Nr. 18, 3, S. 256.

trag durch die Tatsache, daß dieser schon vorher geleistet hätte, stets deswegen wirksam würde, weil nunmehr nur noch die Gegenleistung des Vertragsgegners zu erfolgen hätte.

Im deutschen Recht läßt sich diese Ansicht nicht halten. Eine nachträgliche Heilung durch Erfüllung kann mangels jeder gesetzlichen Grundlage nicht in Frage kommen[1]). Wenn der Minderjährige auch jede Willenserklärung abgeben kann, die ihm Vorteile bringt, so sind doch Willenserklärungen im Sinne von § 107 BGB. lediglich solche, die den Minderjährigen nur berechtigen, nicht aber solche, die Verpflichtungen oder Rechtsverluste zur Folge haben. Es liegt auf der Hand, daß eine den Teil eines gegenseitigen Vertrages bildende Erklärung niemals nur vorteilhaft sein kann, da sie im unlöslichen Zusammenhang mit der Verpflichtungserklärung steht. Die Geltendmachung des Anspruchs selbst ist natürlich nur vorteilhaft, sie setzt aber eine wirksame Verpflichtung des einen Teils voraus, die nicht auf diesem Wege geschaffen werden kann. Denn das darf nicht außer acht gelassen werden, daß das Bürgerliche Gesetzbuch nicht nur zugunsten des Geschäftsbeschränkten Vorschriften erlassen hat, sondern daß diese Bestimmungen auch zugunsten des Vertragsgegners gelten, so daß, wie die Motive (I, 133) sagen, in dem Schutz der Minderjährigen nicht weiter gegangen werden darf, als mit der materiellen Gerechtigkeit verträglich ist (so auch Riezler)[2]).

Der zwischen Minderjährigen und Dritten abgeschlossene Arbeitsvertrag bleibt also unwirksam, da die Versuche, ihn durch analoge Anwendung von § 110 BGB. für wirksam zu erklären oder ihn in zwei Teile zu zerlegen und die Geltendmachung der Gegenforderung als ein Rechtsgeschäft aufzufassen, das ihm lediglich rechtlichen Vorteil bringt, abzulehnen sind.

---

[1]) Vgl. § 11 der Arbeit über die Stellungnahme des ausl. Rechts zu dieser Frage, insbes. England.

[2]) Venire contra factum proprium, S. 134

III.

Das „Arbeitsverhältnis“ als Grundlage eines Entgeltanspruches für die bewirkten Arbeitsleistungen.

§ 7.

1. Der Bereicherungsanspruch gemäß § 812 ff. BGB.

Die Untersuchung hat also zu dem Ergebnis geführt, daß der Arbeitgeber den minderjährigen Arbeitnehmer beschäftigt hat, ohne daß zwischen ihnen ein wirksamer Arbeitsvertrag geschlossen worden ist; es hat zwischen ihnen beiden lediglich ein „faktisches Arbeitsverhältnis“ im Sinne der Hueck-Nipperdey'schen Terminologie bestanden[1]). Demnach hat das Arbeitsverhältnis jederzeit von beiden Teilen ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gelöst werden können. Denn in derartigen Fällen hat weder der Arbeitgeber einen Anspruch auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, noch dieser einen vertraglichen Anspruch auf den Arbeitslohn. Daß dieses Ergebnis nicht befriedigen kann, ist klar. In Wirklichkeit hat doch der minderjährige Arbeitnehmer die ganze Zeit hindurch, in der er beschäftigt worden ist, Dienste geleistet, hat der Arbeitgeber diese Dienste angenommen und daraus wirtschaftlichen Gewinn gezogen oder ziehen können. Wenn der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber keinerlei Rechte hätte, so würde dieser auf Kosten des Arbeitnehmers, also des wirtschaftlich Schwächeren, bereichert sein, ohne daß dieser irgend einen Ausgleich erhielte. Tatsächlich ist dies die Ansicht von Hueck[2]) für den Fall, daß der Arbeitnehmer die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages gekannt und trotzdem die Arbeit im Einverständnis mit dem die Nichtigkeit ebenfalls kennenden Arbeitgeber geleistet hat. Hueck meint, es liege kein Grund vor, den Arbeitnehmer zu schützen, da beide Teile gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hätten. Es sei

[1]) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch 1. Band, 1. Lfg., S. 130.

[2]) Iherings Jahrb. 74, S. 384 ff.

nicht angebracht, den Lohnanspruch zuzubilligen, denn die Achtung vor dem Gesetze erfordere in solchen Fällen eine scharfe Durchführung der Nichtigkeit, wobei gegenüber dem durch die Tätigkeit des Arbeitnehmers unter Umständen begünstigten Arbeitgeber mittels Strafvorschriften ein Ausgleich zu schaffen sei.

Dieser Ansicht kann ich nicht beitreten. Sie erscheint mir zu formal-juristisch und führt unbedingt zu unbilligen Härten; diese sind aber auch vom Gesetz nicht gewollt, denn wenn es Schutzvorschriften zugunsten des beschränkt Geschäftsfähigen enthält, so stellt es sich doch unverkennbar auf die Seite des Schutzbedürftigen. Es will ihn durch das Erfordernis der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters davor bewahren, unvorteilhafte Verpflichtungen einzugehen, in der Erwägung, daß er nicht genügend Einsicht besitzt, um die Rechtsfolgen seiner Handlungen zu übersehen. Die Durchführung von Huecks Ansicht würde aber zur Folge haben, daß der Minderjährige schlechter gestellt wäre als der in reifen Jahren stehende Arbeitgeber. Selbst wenn dieser wegen der Beschäftigung des minderjährigen Arbeitnehmers in Strafe genommen würde, so wäre diesem persönlich doch damit nicht gedient, die Strafe würde für ihn keinen Ausgleich für den entgangenen Verdienst bilden.

B e w e r[1]) und M a r w i t z[2]) billigen dem Arbeitnehmer in diesem Falle nur einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu (§ 812 ff. BGB.). Der Anspruch aus § 812 BGB. wird jedoch in der Regel kaum so hoch sein, wie der aus dem gültigen Arbeitsvertrage. Vor allem kann hier der Arbeitgeber einwenden, er sei gar nicht bereichert infolge der Wertlosigkeit der Dienste. Dieser Einwand ist ihm abgeschnitten, wenn die Gültigkeit unterstellt wird, ebenso der Einwand des späteren Wegfalls der Bereicherung. Der Bereicherungsanspruch gewährt dem Minderjährigen keinen vollwertigen Ersatz und begünstigt den Arbeitgeber einseitig in einem erheblichen Maße, das nicht gerechtfertigt

---

[1]) LZ. 1924, S. 320.

[2]) „Der Neue Weg", 39. Jahrg. 1910, Nr. 24, S. 275.

ist. Nach § 818 II BGB. hat der Empfänger einer Leistung den Wert zu ersetzen, wenn er etwa wegen Beschaffenheit des Erlangten zur Herausgabe nicht imstande ist; in der Regel wird der Ersatzbereicherungsanspruch dem Minderjährigen das gewähren, was seine Dienste dem Arbeitgeber wert sind. Es wird also meistenteils der vertragsmäßige Lohnanspruch als angemessen zu betrachten sein. Zum mindesten aber hat der Minderjährige den ortsüblichen, in Ermangelung eines solchen den angemessenen Lohn verdient, da der Arbeitgeber, wenn er die Dienstleistung eines anderen Arbeitnehmers in Anspruch genommen hätte, diesem den Lohn hätte zahlen müssen.

Daß dem Minderjährigen aus der Anwendung dieser Gesetzesbestimmung unter Umständen ein nicht unbeträchtlicher Schaden erwachsen kann, liegt auf der Hand. Ihm obliegt nämlich die Beweislast dafür, daß der Arbeitgeber tatsächlich bereichert ist. Wie aber, wenn der minderjährige Arbeitnehmer die Arbeit zwar nach bestem Können ausgeführt hat, sie aber ohne sein Verschulden einen schlechten oder nicht den gewünschten Erfolg gehabt hat, und der Arbeitgeber nun nachweist, daß er an Stelle des eingestellten Geschäftsbeschränkten sich die erheblich billigere Arbeitskraft eines anderen hätte sichern können, so daß, wenn auch Bereicherung vorliegt, deren Höhe streitig ist? In derartigen Fällen würde § 818 III BGB. Anwendung zu finden haben, wonach die Verpflichtung zum Ersatze des Wertes ausgeschlossen ist, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist; hier würde also der Arbeitnehmer trotz Leistung der Arbeit keinen oder nicht den vollen Anspruch auf Entgelt haben, da die Bereicherung des Arbeitgebers ganz oder zum Teil weggefallen ist. Jedenfalls aber ist der Nachweis der Bereicherung des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer, den dieser zu führen hat, im Regelfalle mit solchen Schwierigkeiten verknüpft, daß der Arbeitnehmer durchschnittlich wegen Aussichtslosigkeit der Rechtsverfolgung davon Abstand nehmen wird.

Es würde also für den Arbeitnehmer als den wirtschaftlich Schwächeren eine besondere Härte bedeuten, wollte

man ihm in dem vorliegenden Falle lediglich einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zubilligen.

§ 8.

2. Der Anspruch gemäß § 52 des Entwurfes eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes.

Im August 1924 (28. Sonderheft zum RArbl.) ist ein Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes nebst einer Denkschrift veröffentlicht worden. Nach der Meinung von Bewer[1]), der früher bei Beratung dieses Entwurfes Mitglied des Arbeitsrechtsausschusses gewesen ist, stellt dieser Entwurf, d. h. insbesondere § 52 das Mittel dar, um den Arbeitnehmer aus seiner mißlichen Lage zu befreien, bei Nichtigkeit des Vertrages seinen Lohn nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung kondizieren zu müssen. Zunächst einmal ist durch den gewählten Titel des Gesetzes „Arbeitsvertragsgesetz" wie durch die Eröffnung des Textes mit einer Definition des Arbeitsvertrages in dem Entwurf deutlich darauf hingewiesen, daß er die rechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unter Zugrundelegung eines Vertrages regeln will. Jedoch ist in der Denkschrift 14 ! ausdrücklich auf die Frage hingewiesen worden, ob es sich, abgesehen vom Verhältnis des Arbeitsvertrages zu Dienst- und Werkvertrag, bei dem Arbeitsvertrag gar nicht um einen schuldrechtlichen, sondern um einen personenrechtlichen Vertrag handelt. Der Anhang zur Denkschrift kommt auf S. 30, auf der er das Arbeitsverhältnis ohne Arbeitsvertrag behandelt, schließlich zu dem Ergebnis, daß „genau genommen der Entwurf nicht nur den Arbeitsvertrag regelt, sondern allgemeiner die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die aus einem Arbeitsverhältnis entstehen". Besonders bedeutungsvoll unter den allgemeinen Vorschriften des Entwurfes über das Entgelt (vgl. §§ 47,75) erscheint § 52, der die Entgeltzahlung bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages regelt.

[1]) Bewer, LZ. 1924, S. 320 ff.

Der Wortlaut des § 52 ist folgender:

„Bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages hat der Arbeitnehmer für geleistete Arbeit Entgelt wie aus einem gültigen Vertrage zu beanspruchen. (Abs. 1.)

Ist die Nichtigkeit die Folge arglistiger Täuschung durch den Arbeitnehmer, oder verstößt die Arbeitsleistung gegen die guten Sitten, so hat er nur Anspruch auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung. Begründet Geringfügigkeit des vereinbarten Entgeltes die Nichtigkeit, so kann er angemessenes Entgelt verlangen (Abs. II.)."

Die Frage, ob diese Vorschrift, die doch tatsächlich nicht die Rechtsfolgen eines Arbeitsvertrages, sondern vielmehr eines vertragslosen Arbeitsverhältnisses betrifft, in den Rahmen dieses geplanten Arbeitsvertragsgesetzes hineingehört, könnte ebenso gut bejaht wie verneint werden. Es interessiert hier aber nur der sachliche Inhalt des § 52. Es taucht hier zunächst die Frage auf, gewährt § 52 dem Arbeitnehmer einen Bereicherungsanspruch? Ist § 52 AVG. Entw. etwa als lex specialis zu den Bestimmungen des BGB. über die ungerechtfertigte Bereicherung §§ 812 ff. zu betrachten? Oder gewährt er tatsächlich einen Anspruch auf Lohn? B e w e r[1]) führt hierzu folgendes aus: Da die von dem Minderjährigen geleisteten Dienste des rechtlichen Grundes entbehren (§ 812 BGB.) und eine Rückerstattung in Natur nicht in Frage komme, sei nach § 818 Abs. 2 BGB. der Wert zu ersetzen. Dieser bestehe in dem Betrage, den der Arbeitgeber dadurch erspart habe, daß er keinen anderen Arbeitnehmer auf Grund eines wirksamen Vertrages angestellt habe. § 52 gehe nun von der Erwägung aus, daß regelmäßig der Wert der erlangten Arbeit dem vereinbarten Entgelt gleich komme. Deshalb bestimme diese Vorschrift des Entwurfes, ohne jedoch den Rechtsgrund der ungerechtfertigten Bereicherung selbst zu ändern, daß der Arbeitnehmer als Legalbereicherung das Entgelt wie aus einem gültigen Vertrage beanspruchen könne. Der Rechtsgrund

[1]) Ebendort.

sei also ungerechtfertigte Bereicherung geblieben, und nicht auf die Arbeitsleistung als solche umgestaltet worden.

Entgegengesetzter Meinung sind, m. E. mit Recht: Molitor, Hueck und Kreller.

Hueck[1]) vertritt den Standpunkt, daß, wenn einmal die Arbeit tatsächlich geleistet worden sei, der Arbeitnehmer ohne Rücksicht auf das Vorliegen einer Bereicherung Anspruch auf volles Entgelt habe, da es sich somit nicht um einen Bereicherungsanspruch, sondern um einen dem vertraglichen Entgeltanspruch gleichgestellten Abspruch handele, so fänden alle Vorschriften über das Entgelt auf diesen Anspruch Anwendung. Molitor[2]) sieht § 52 des Entwurfes als einen Ansatz dazu an, daß der Entwurf, der von der Abhängigkeit des Arbeitnehmers ausgeht, folgerichtig dazu neige, nicht den Arbeitsvertrag, sondern seine Folgen, nämlich die Arbeitsleistung zu regeln. Dieser Meinung möchte ich mich jedenfalls anschließen.

Weiterhin herrscht bezüglich des Umfanges des § 52 Streit. Abs. 1 des genannten Paragraphen spricht von der „Nichtigkeit des Arbeitsvertrages". Bewer folgert hier aus, daß § 52 nicht schlechthin die Fälle regele, in denen Arbeit ohne Arbeitsvertrag geleistet werde, ein Arbeitsvertrag also überhaupt nicht vorhanden sei, sondern nur den besonderen Fall, daß der vorhandene geschlossene Arbeitsvertrag nichtig sei. Auf diesen Tatbestand abgestellt, wolle § 52 nur eine Ausnahmevorschrift sein. Bei Nichtabschluß eines Arbeitsvertrages hingegen sei § 612 BGB. analog anzuwenden, der de lege lata einen vertraglichen Entgeltanspruch gewähre, so auch de lege ferenda.

Dem steht jedoch der Anhang der Denkschrift zum Entwurf auf S. 30 entgegen. Hiernach sieht der Entwurf also die Fälle vor, in denen entweder gar kein Vertrag geschlossen worden ist, oder der Vertrag nichtig ist wie in dem hier zur Bearbeitung stehenden Falle, oder daß überhaupt

---

[1]) Hueck-Nipperdey, Lehrb. I, 1, S. 13, § 30 Anm. 21/22; ders. in Iherings Jahrb. 74, 381.

[2]) Molitor-Hueck-Riezler, S. 40/44; ebenso Kreller in Arch. f. d. ziv. Pr. 122, S. 20 ff.; ähnlich auch Arbeitsrecht 11, S. 887.

kein gültiger Vertrag geschlossen werden kann (Beispiel: Verbot von Kinder- und Frauenarbeit), oder daß die Parteien einen anderen Vertrag als einen Arbeitsvertrag geschlossen haben. Nicht unter die Bestimmungen des § 52 Abs. 1 fallen allerdings diejenigen Arbeitsleistungen, die auf Grund öffentlichrechtlicher Beziehungen, z. B. bei Beamten oder Gefangenen, oder auf Grund familienrechtlicher Beziehungen geleistet werden, z. B. die Arbeit der Ehefrau oder der Kinder. § 52 berücksichtigt nur die freiwillige Beschäftigung eines Bürgers durch einen ihm fremden Bürger.

Die Rechtslage wäre hier, in kurzen Zügen aufgezeigt, etwa folgende: Wie bereits oben ausgeführt, ist die Sozialversicherung nicht an das Bestehen eines gültigen Vertrages, sondern lediglich an die Beschäftigung gebunden. Das gleiche kann von dem Arbeiterschutzrecht gesagt werden. Auch der Tarifvertrag ist in seiner Wirkung nicht an das Bestehen von Verträgen gebunden. Der Tarifvertrag gilt zwar als schuldrechtlicher Vertrag, aber das Reichsgericht hat schon im November 1923[1]) ausgesprochen, daß der Vertrag nichts als äußere Entstehungsform der Tarifsatzung, ihr Wesen aber Gesetzgebung sei[2]). Das gleiche muß auch von der Betriebssatzung gelten. Bezüglich der Betriebsgesetzgebung, insbesondere der Arbeitsordnung ist von vornherein anerkannt, daß es sich hier nicht um einen Schuldvertrag, sondern um die Feststellung von Normen um Vereinbarung handelt. Den Anspruch auf Entgelt für geleistete Arbeit trotz Nichtbestehens eines Arbeitsvertrages will dann in diesem Sinne § 52 AVG.-Entwurf regeln.

Wie ich bereits im ersten Abschnitt meiner Arbeit dargetan habe, schafft eine große Anzahl von Gesetzen aus dem Gebiet des Arbeitnehmerschutzrechts (z. B. die Arbeitszeitverordnungen, die Versicherungsgesetze) öffentlichrecht-

[1]) RGZ. 107, 247.

[2]) Vgl. auch Urteil d. LG. Dresden v. 6. 2. 1926 in N. Z. f. A. 1926, Sp. 758.

liche Pflichten der Arbeitgeber gegenüber ihren Arbeitnehmern allein auf Grund des „Beschäftigungsverhältnisses". Diese Tendenz, die den Schutz des wirtschaftlich Schwächeren gegenüber dem Stärkeren zum Ziele hat, macht sich auf dem Gebiete des Arbeitsrechts mehr und mehr bemerkbar.

Während nun die zu Anfang der Arbeit behandelten Gesetze die öffentlichrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Staat zugunsten des Arbeitnehmers aussprechen, behandelt m. E. § 52 Abs. I Entw. unter demselben Gesichtspunkt des faktischen Arbeitsverhältnisses ebenfalls eine Pflicht des Arbeitgebers, nämlich die Verpflichtung unmittelbar dem Arbeitnehmer gegenüber, die für ihn geleistete Arbeit diesem zu vergüten. § 52 Entw. betont nur erneut den Grundsatz, der sich in dem alten Sprichwort zusammenfassen läßt: „Jede Arbeit ist ihres Lohnes wert." Wenn auf Grund des § 52 Abs. I Entw. der Arbeitnehmer auch bei „Nichtigkeit des Arbeitsvertrages" Entgelt wie aus einem gültigen Vertrag zu beanspruchen hat, so kann man gleichzeitig zwischen den Zeilen dieser Bestimmung lesen, daß der Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgelt schlechthin den Gefahren, die irgendwelche juristischen Konstruktionen in sich bergen mögen, enthoben sein soll, z. B. der Schwierigkeit des dem Arbeitnehmer obliegenden Beweises der ungerechtfertigten Bereicherung auf Seiten des Arbeitgebers. § 52 Entw. ist von dem Gedanken getragen, dem Arbeitnehmer ein Entgelt zu gewähren, nicht etwa weil er mit dem Arbeitgeber in einem Arbeitsvertragsverhältnis steht oder weil er bei Nichtexistenz eines Vertrages vom Arbeitgeber den Betrag erstattet verlangen darf, um den der Arbeitgeber ungerechtfertigt bereichert ist, sondern lediglich, weil der Arbeitnehmer Arbeit geleistet hat und der Arbeitgeber arglistig handeln würde, wenn er die Gewährung des Entgelts verweigern wollte.

Mit § 52 Abs. I Entw. gedachte man eine gesetzliche Bestimmung zu schaffen, die nur der Billigkeit entsprechen sollte und vielleicht gerade aus diesem Grunde jegliche rechtliche Konstruktion in ihrem Geltungsbereich für unbeachtlich erklärt hat.

§ 9.

3. Der Entgeltanspruch auf Grund von Treu und Glauben.

Eine Untersuchung in der Richtung, ob man dem Arbeitnehmer bereits nach geltendem Recht einen dem vertraglichen gleichgestellten Lohnanspruch, und zwar unter dem Gesichtspunkt des gegensätzlichen Verhaltens zubilligen kann, wird m. E. die Lösung des Problems bringen.

Hierbei ist vor allem zu prüfen, ob der Arbeitgeber nicht gegen Treu und Glauben verstößt, wenn er wegen Unwirksamkeit des Dienstvertrages die Zahlung des vereinbarten Lohnes verweigert, nachdem er seinerseits die Leistung von dem Minderjährigen angenommen hat, und ob er sich nicht damit des Rechts begeben hat, sich auf die Unwirksamkeit des abgeschlossenen Dienstvertrages zu berufen. Dieser allgemeine Rechtsgedanke der exceptio doli generalis, der auf den Grundsätzen der §§ 157, 242 BGB. beruht, beherrscht das ganze Recht und ist überall anzuwenden, wo Parteien in vertragliche oder in quasivertragliche Beziehungen zueinander getreten sind.

Es liegen m. E. keine Bedenken dagegen vor, diese Grundregeln auch auf Verträge anzuwenden, die bei ihrem Abschlusse unwirksam sind, und sie nicht nur anzuwenden, wenn gefragt wird, welche Vertragswirkungen entstehen, sondern auch dann, wenn es sich darum handelt, ob überhaupt eine Vertragswirkung entstanden ist.

Die Anwendung dieses allgemeinen Rechtsgedankens setzt ein früheres Verhalten des Gegners voraus, das mit seinem späteren Auftreten in einem Treu und Glauben verletzenden Widerspruch steht, und richtet sich gegen jede Verfolgung eines formal begründeten Anspruchs, die den Anforderungen von Treu und Glauben widerstreitet; in diesem Falle ist dem formalen Recht jede Wirkung zu versagen. Freilich darf diese Erwägung keineswegs zu der auch nicht im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches liegenden Folgerung führen, daß die „Arglisteinrede“ jeder unbillig erscheinenden Rechtsverfolgung entgegengesetzt werden könne. Vielmehr hat man nur dann einen Widerspruch

mit dem eigenen Handeln anzunehmen, wenn dieser Widerspruch den Gegner in unbilliger Weise schädigen würde.

Walsmann[1]) ist der Meinung, bei allen Fällen „stillschweigender Verzichtserklärung" bei welchen das Vorhandensein eines „Verzichts" abzulehnen sei, finde sich ein und derselbe Grundgedanke, der sich in Praxis und Wissenschaft längst mit fundamentaler Kraft zur Anerkennung durchgerungen habe. Er habe auch im Bürgerlichen Gesetzbuch Anerkennung gefunden, und man könne ihn unmittelbar den gesetzlichen Bestimmungen des geltenden Rechts selbst entnehmen, wenn er auch nicht in solcher Allgemeinheit ausdrücklich ausgesprochen sei. Dieser Rechtssatz ließe sich folgendermaßen formulieren:

> Wenn das willkürliche Verhalten eines Rechtssubjekts an sich oder in seinen Konsequenzen mit dem Fortbestand eines Rechts, über welches dem Rechtssubjekt die freie Disposition zusteht, im offenen Widerspruch gerät, so hat dieser Widerspruch die Aufhebung des Rechts zur Folge. Ob ein solcher offenbarer Widerspruch vorliegt, darüber entscheidet die Verkehrsauffassung.

Lehmann[2]) ist der Ansicht, daß man das Problem des gegensätzlichen Verhaltens erst in den letzten Jahren in seiner grundsätzlichen Bedeutung zu erkennen begonnen habe. Der Gedanke, daß man sich in gewissen Fällen nicht mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen dürfe, sei aber dem römischen Recht nicht fremd; er sei auch — wie Riezler in seinem Buche „Venire contra factum proprium" gezeigt habe — besonders im englischen Recht in der Errichtung des estoppel anerkannt und komme auch im geltenden Recht in einer großen Anzahl von Bestimmungen zum Ausdruck; nicht minder sei er einer großen Reihe von Rechtssprüchen zugrunde gelegt worden. Riezler vermeide jedoch eine allgemeine Formulierung und begnüge sich damit, einige typische Interessenlagen heraus-

[1]) „Verzicht", S. 210 ff.
[2]) Z. f. HR. Bd. 67, S. 90 ff.

zuarbeiten, für die mit dem Gedanken der Unzulässigkeit des Widerspruchs mit dem eigenen Verhalten eine zweckmäßige und gerechte Lösung zu erzielen sei.

Lehmann[1]) bringt die Fälle des gegensätzlichen Verhaltens auf folgende Formel:

Niemand darf eine Befugnis im Widerspruch mit seinem früheren Verhalten geltend machen:

1. wenn dieses Verhalten nur bei gleichzeitigem Verzicht auf die Befugnis mit dem Gesetz oder den guten Sitten oder Treu und Glauben in Einklang zu bringen war;
2. wenn die nachträgliche Geltendmachung der Befugnis gegen das Gesetz oder die guten Sitten oder Treu und Glauben verstößt.

Er rechnet zur zweiten Gruppe u. a. die Fälle der Geltendmachung der Nichtigkeit eines Geschäfts, das man früher als gültig behandelt hat.

Planck-Siber[2]) vertreten die Ansicht, daß gegensätzliches Verhalten, das kein stillschweigender Verzicht sei, ein solches sei, das an sich — möge es berechtigt sein oder nicht — nach objektiven, sei es auch erst durch Lückenausfüllung nach Treu und Glauben ermitteltem Recht der Verlust des Forderungsrechts anknüpfe. Gegensätzliches Verhalten liege dann vor, wenn die nachträgliche Geltendmachung des Anspruchs durch Gesetzesvorschrift oder durch die Rücksicht auf Treu und Glauben ausgeschlossen sei, was auch der Fall sein könne, wenn das Verhalten nicht gewollt sei.

Nipperdey[3]) führt aus, daß nach der Lehre vom „Venire contra factum proprium", vom gegensätzlichen Verhalten, von der Rechtsverwirkung niemand seine Befugnis im Widerspruch mit seinem früheren Verhalten geltend machen dürfe, wenn dieses Verhalten bei objektiver Auslegung nach dem Gesetz, den guten Sitten oder Treu

[1]) a. a. O., S. 98.
[2]) Komment. 4. Aufl. zu § 397, Erl. 3, S. 544.
[3]) Hueck-Nipperdey, Lehrb. II, 2, § 24 III 5, S. 237 ff.

und Glauben den Schluß rechtfertige, daß er das Recht niemals geltend machen werde, oder wenn die nachträgliche Geltendmachung wider das Gesetz oder die guten Sitten oder Treu und Glauben verstoße. Im Anschluß daran bemerkt er in Anmerkung 23 noch weiter, daß dieser Grundsatz der Gebundenheit an das eigene Verhalten mit Recht namentlich aus den §§ 157, 242 BGB. abgeleitet werde. Nach § 242 könne der Gläubiger die Leistung nur so verlangen, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte entspreche. Mache der Gläubiger seinen Anspruch im Widerspruch zu seinem Verhalten geltend (protestatio facto contraria), so könne das ein Verstoß gegen Treu und Glauben sein, der dem Schuldner eine exceptio doli generalis gebe, also eine Rechtsverwirkung des Gläubigers herbeiführe.

Auch die vorherrschende Rechtssprechung[1]), insbesondere die des Reichsgerichts (so z. B. Juristische Wochenschrift 1904, S. 90, 337; E. Bd. 58 Nr. 100; Bd. 71 Nr. 107) stellt jedweder Geltendmachung von Ansprüchen oder sonstigen Berechtigungen eine Einrede der Arglist entgegen, wenn jene bezweckt oder zur Folge hat, daß ein den Anforderungen der „guten Sitten" von „Treu und Glauben" oder allgemeiner der materiellen Gerechtigkeitsidee widersprechendes Ergebnis herbeigeführt wird.

Mit Recht hat aber das Reichsgericht[2]) unter Warnung vor einer Überspannung des dabei zugrunde liegenden sozial-ethischen Gedankens die Ansicht zurückgewiesen, als ob man damit ohne weiteres jeder unbilligen Rechtsverfolgung entgegentreten könne.

Im Anschluß an die „exceptio doli generalis" der Römer gewährt man gegenüber einem arglistigen[3]) Mißbrauch einer Rechtsstellung die im Bürgerlichen Gesetzbuche nicht ausdrücklich anerkannte Einrede der Arglist, die sich innerhalb von Vertragsverhältnissen auf §§ 157, 242 BGB. außerhalb von Vertragsverhältnissen auf §§ 226, 826 BGB. gründet.

[1]) Kartei: „Arglist" 3. 1. 1929, Nr. 271.

[2]) RG. E. 64, Nr. 54; 86, Nr. 47; Jur.Woch. 1915, S. 391; 1921, S. 1232.

[3]) Kartei: „Arglist", 22. 6. 1928, Nr. 258.

Die Einrede der Arglist greift namentlich durch: bei Widerspruch mit dem eigenen Verhalten, d. h. wenn eine Partei mit ihrer Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung eine Haltung einnimmt, die mit einem von ihr früher betätigten Verhalten nach Treu und Glauben nicht vereinbar ist. An sich kann der Wechsel des Rechtsstandpunkts niemand zum Vorwurf gemacht werden, auch wenn er dem Gegner nachteilig ist; aber wenn damit die Ansicht verbunden ist, die Lage zum Schaden des Gegners auszunützen, so greift die Einrede der Arglist[1]) durch.

Auch das Reichsarbeitsgericht führt im Urteil vom 6. Juni 1928[2]) aus, daß der Einwand der Arglist dem entgegenstehe, der mit seiner Rechtsverfolgung eine Haltung einnehme, die mit dem früher von ihm bestätigten Verhalten nach Treu und Glauben unvereinbar sei. Die sich auf § 242 BGB. stützende Begründung des Berufungsurteils trage die angefochtene Entscheidung und lasse in Verbindung mit den getroffenen tatsächlichen Feststellungen einen Rechtsirrtum in der Anwendung des § 242 BGB. nicht erkennen. Das Berufungsgericht weise mit Recht darauf hin, daß auch das Rechtsverhältnis des Arbeitsvertrages von dem Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 beherrscht werde. . . . Nach ständiger Rechtsprechung[3]) des Reichsgerichts stehe der Einwand der allgemeinen Arglist demjenigen entgegen, der mit seiner Rechtsverfolgung eine Haltung einnehme, die mit dem früher von ihm betätigten Verhalten nach Treu und Glauben unvereinbar sei.

Es ist schon weiter oben nachgewiesen worden, daß man nur dann einen Widerspruch mit dem eigenen Handeln anzunehmen hat, wenn dieser Widerspruch den Gegner in unbilliger Weise schädigen würde. Eine solche Schädigung wird sich aber stets ergeben, wenn eine immaterielle Leistung eben wegen dieser ihrer Eigenart sich nicht mehr zurückgewähren läßt.

---

[1]) Vgl. RG. Z. Bd. 107, S. 360; Bd. 108, S. 110.
[2]) Kartei: „Arglist", 15. 8. 28, Nr. 261. E. R. A. G. Bd. 2, S. 43, 44.
[3]) Vgl. die oben angeführten Entscheidungen.

Da im vorliegenden Falle der Arbeitgeber die auf Grund des unwirksamen Vertrages geleisteten Dienste von dem Minderjährigen entgegengenommen hat und den Vertrag selbst als wirksam behandelt hat, solange er ihm Vorteile brachte, würde er gegen Treu und Glauben verstoßen, wenn er sich in dem Augenblick, in dem er seiner Verpflichtung nachkommen sollte, zum Nachteile des Minderjährigen auf die Unwirksamkeit des Vertrages beriefe. Er würde mit seiner Rechtsverteidigung eine Haltung einnehmen, die mit dem früher von ihm betätigten Verhalten nach Treu und Glauben nicht vereinbar ist. Deshalb ist der Arbeitgeber, obwohl kein wirksamer Arbeitsvertrag abgeschlossen worden ist, trotzdem zur Zahlung einer Vergütung an den Minderjährigen verpflichtet, und zwar einer Vergütung, die dem auf Grund eines wirksamen Arbeitsvertrages zu leistenden Entgelt gleichgestellt ist.

Staudinger-Riezler[1]) vertreten ebenfalls die Meinung, daß ein bloßer Bereicherungsanspruch schon wegen § 818 Abs. 3 BGB. den berechtigten Interessen des Minderjährigen nicht zu genügen vermöge. Vielmehr sei der Meinung von Oertmann, wenn auch nicht in den Einzelheiten der Begründung, so doch im Ergebnisse beizutreten. Die Rechtfertigung hierfür dürfte in dem allgemeinen Rechtsgedanken liegen, daß, wer eine nicht rückgängig zu machende Leistung des Gegenkontrahenten entgegennehme, damit das Recht verwirkt habe, sich auf die Ungültigkeit des Vertrages zu berufen; das sei eine Forderung von Treu und Glauben.

Auch Planck-Flad[2]) sind im Gegensatz zu den drei früheren Auflagen jetzt der Ansicht, daß der Minderjährige, falls die vertragsmäßige Leistung in Diensten oder Arbeit bestehe, die der Minderjährige geleistet habe, die vereinbarte Vergütung auch dann verlangen könne und nicht auf den Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung angewiesen sei, wenn der gesetzliche Vertreter der Dienst-

[1]) Kommentar zu § 110, S. 439.
[2]) Kommentar zu § 110, S. 254, Ziff. 7.

oder Arbeitsleistung nicht zugestimmt habe. Es verstoße, wie Riezler mit Recht hervorhebe, gegen Treu und Glauben, wenn derjenige, welcher eine nicht mehr rückgängig zu machende Leistung von Diensten oder Arbeit entgegengenommen habe, unter Berufung auf die Ungültigkeit des Vertrages sich der Verpflichtung zur vertragsmäßigen Gegenleistung entziehen könne.

Staudinger-Nipperdey[1]) führen hierzu aus, daß es sich weiter frage, wie die etwaige Vollnichtigkeit oder die Nichtigkeit einzelner Bestimmungen für die Vergangenheit wirke, wenn auf Grund des nichtigen Vertrages Arbeit geleistet sei.

Eine mehrfach vertretene und zu billigende Meinung wolle mit der Lehre vom „Venire contra factum proprium" helfen. Der Arbeitgeber verstoße unter Umständen gegen Treu und Glauben, wenn er wegen Nichtigkeit des Dienstvertrages die Lohnzahlung verweigere, nachdem er seinerseits die Arbeitsleistung angenommen habe. Daher sei ihm die Berufung auf die Nichtigkeit solchen Falls zu versagen. Das gelte z. B. bei Nichtigkeit des Dienstvertrages wegen mangelnder Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers, der aber seinerseits die Arbeit geleistet habe.

Mit gleicher Begründung entscheidet Hueck[2]) die Frage. Er lehrt, daß zwischen den Parteien keinerlei vertragliche Beziehungen beständen, falls der Arbeitsvertrag kraft Gesetzes oder auf Grund einer Anfechtung nichtig sei. Werde trotzdem Arbeit geleistet, so liege lediglich ein faktisches Arbeitsverhältnis vor. Beide Parteien könnten deshalb dieses Arbeitsverhältnis jederzeit ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist einseitig lösen. Der Arbeitgeber habe keinen Anspruch auf die Arbeitsleistung, der Arbeitnehmer keinen Lohnanspruch. Letzteres gelte grundsätzlich auch dann, wenn die Arbeit schon geleistet sei. Hierbei sei aber vor allem zu prüfen, ob nicht der Arbeitgeber gegen Treu und Glauben verstoße, wenn er wegen Nichtigkeit

[1]) Kommentar zu § 110, Erl. IV 3 c, S. 765 ff.
[2]) Hueck-Nipperdey, Lehrb. I, 1, 2. Kap. § 30, S. 130 ff.

des Arbeitsvertrages die Zahlung des vereinbarten Lohnes verweigere, nachdem er seinerseits die Arbeitsleistung erhalten habe, und ob ihm nicht dementsprechend insoweit die Berufung auf die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages zu versagen sei. Das sei z. B. zu bejahen, wenn die Nichtigkeit des Arbeitsvertrages auf der mangelnden Geschäftsfähigkeit des Arbeitnehmers beruhe, der minderjährige Arbeitnehmer aber die Arbeit geleistet habe.

Das Ergebnis der Untersuchung ist noch einmal kurz dahin zusammenzufassen, daß ein minderjähriger Arbeitnehmer vom Arbeitgeber Entgelt für seine gegen den Willen des gesetzlichen Vertreters geleisteten Dienste nach dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben zu fordern berechtigt ist.

§ 10.

4. Geltendmachung des Anspruchs.

Es bleibt weiter noch die Frage zu prüfen, ob der Minderjährige diesen Anspruch selbständig geltend machen kann.

Nach der Bestimmung des § 1651 Nr. 1 BGB. ist der Erwerb, den der Minderjährige durch seine Arbeit macht, „freies Vermögen", d. h. der elterlichen Nutznießung entzogen und nur dem Verwaltungsrecht des Gewalthabers unterworfen. Dies gilt auch selbst dann, wenn der Minderjährige ohne Ermächtigung seines gesetzlichen Vertreters oder gegen dessen ausdrücklichen Widerspruch in Dienst oder Arbeit getreten ist, da § 1651 Nr. 1 BGB. zwar für den Fall des „selbständigen Betriebes eines Erwerbsgeschäfts" die Ermächtigung nach § 112 BGB., für die „Arbeit" aber die Ermächtigung nach § 113 BGB. nicht voraussetzt. Dieses freie Vermögen untersteht, soweit nicht einer der im § 1638 BGB. erwähnten Ausnahmefälle vorliegt, der Verwaltung des Vaters[1]), die aber insoweit ausgeschlossen ist, als die von der auf Grund von §§ 112, 113 BGB. erteilten Ermächtigung gedeckten Rechtsgeschäfte reichen.

---

[1]) Schefold in Arch. Ziv. Prax. Bd. 94, S. 305 ff.

Der Minderjährige also, dem die Ermächtigung nach § 113 BGB. erteilt ist, kann seinen Arbeitslohn selbständig erheben, und er ist auch nach § 52 ZPO. insoweit prozeßfähig[1]); aber das eingezogene Geld unterliegt der Verwaltung des Vaters oder seines gesetzlichen Vertreters.

Auf die Streitfrage, ob für den Bereich dieser partiellen Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen noch eine konkurrierende Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters besteht, braucht hier nicht eingegangen zu werden, da im vorliegenden Fall dem Minderjährigen eine Ermächtigung nach § 113 BGB. nicht erteilt worden ist. Damit ist aber eine partielle Geschäftsfähigkeit des Minderjährigen überhaupt nicht entstanden, sondern die gesetzliche Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters vielmehr ausschließlich in Kraft geblieben. Für die Frage, wer den Anspruch geltend machen kann, ist demnach § 51 ZPO. maßgebend, der bestimmt, daß die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, für die Vertretung nicht prozeßfähiger Parteien durch andere Personen (gesetzliche Vertreter) sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts bestimmt. Der Minderjährige ist zwar parteifähig, da er rechtsfähig ist (§ 50 I ZPO., § 1 BGB.), er kann also im eigenen Namen klagen und verklagt werden; er ist aber, solange er nicht volljährig ist (§§ 2, 106 BGB.), nicht prozeßfähig, d. h. er kann nicht vor Gericht auftreten, die für ihn in einem Prozeß gegen den Arbeitgeber handelnde Person ist vielmehr sein gesetzlicher Vertreter.

IV.

Rechtsvergleichung.

§ 11.

Im Anschluß an die Behandlung der Frage, ob und inwieweit der minderjährige Arbeitnehmer unter Zugrundelegung des Deutschen Rechtes bei nichtigem Arbeitsvertrage seinen Lohnanspruch behält, dürfte ein kurzer Überblick

[1]) Hellwig, Lehrb. § 117 I, 2 a.

über die rechtliche Regelung dieses Problems in außer deutschen Staaten von nicht geringer Bedeutung sein. Das Ergebnis dieser Rechtsvergleichung wird zeigen, daß die Rechtsprechung einer ganzen Reihe von fremden Staaten dem minderjährigen Arbeitnehmer in dem zur Bearbeitung vorliegenden Falle ihren besonderen Schutz angedeihen läßt.

So gilt in Bulgarien[1]) ähnlich wie im deutschen Recht die Bestimmung, daß Minderjährige oder sonstige geschäftsbeschränkte Personen den allgemeinen Einschränkungen unterliegen. Jedoch steht dem Arbeiter bei Nichtigkeit des Arbeitsvertrages ein Anspruch auf Entschädigung zu, vorausgesetzt, daß er für den Arbeitgeber tatsächlich Arbeit geleistet hat. Die Höhe dieser Entschädigung wird aus Billigkeitsgründen gewährt und entsprechend dem ortsüblichen Arbeitslohn bemessen[2]).

Im Gegensatz zur deutschrechtlichen Regelung sind in der Čechoslovakei[3]) die Befugnisse des Minderjährigen bedeutend weitgehender. So bedarf der Minderjährige im österreichischen Rechtsgebiet nicht der Zustimmung des Vormundes. Letzterer hat nur im Rahmen von § 246 Čechsl. BGB. die Möglichkeit, aus wichtigen Gründen einen vom Minderjährigen allein geschlossenen Vertrag zu lösen. Das čechoslovakische Recht geht aber noch weiter. Sogar bei vertragsloser Arbeit schlechthin gewährt es der Person, die Arbeit geleistet hat, einen Lohnanspruch, nicht etwa nur einen Schadensersatzanspruch. Hat jemand Arbeit geleistet, ohne daß ihm vom Arbeitgeber ein Lohn versprochen worden ist, etwa Dienste, die der Stiefsohn für den Stiefvater verrichtet hat, so wird lediglich auf Grund der tatsächlich erfolgten Arbeit ein Dienstverhältnis zwischen beiden Parteien angenommen, und demzufolge auch ein Anspruch auf

---

[1]) Europäisches Arbeitsvertragsrecht unter Mitwirkung in- und ausländischer Gelehrter von Molitor, Nipperdey und Rich. Schott Teil II von 1929 von Rich. Schott.

[2]) Ebendort, S. 3: Kass. Entsch. Abt. II v. 1919, Nr. 129 und 1923 Nr. 7.

[3]) Vgl. Schott, S. 27.

Arbeitslohn gewährt. Ebenso ist bei Bedingungsausfall der angemessene Lohn zu zahlen[1]).

In England[2]) kann der Minderjährige, wenn er von sich aus alles zur Erfüllung geleistet hat, vom Vertragsgegner Erfüllung verlangen, auch wenn es sich um einen nach dem Infants Relief Act. von 1874 (37 u. 38 Vict. c. 62) § 1 zunächst nichtigen Vertrag handelt. Der Ausdruck „nichtig" bedeutet hier nur, daß der Vertrag, solange er von keiner Partei erfüllt ist, auch keine Partei bindet. Wohl aber kann der Minderjährige der seinerseits erfüllt hat, auch vom Vertragsgegner Erfüllung verlangen.

In Finnland[3]) bestimmt das Gesetz betreffend den Arbeitsvertrag vom 1. 6. 1922 gemäß § 9, daß minderjährige Personen, die das 18. Lebensjahr zurückgelegt haben, als Arbeitnehmer selbständig Arbeitsverträge schließen können. Aber auch Minderjährige zwischen 15 und 18 Jahren, die ihren Lebensunterhalt durch eigene Arbeit verdienen, haben das Arbeitsvertragsschlußrecht. Weiterhin erklärt § 12 des genannten Gesetzes einen Arbeitsvertrag für ungültig, sofern ein Teil die Notlage, Unkenntnis oder den Unverstand des anderen benutzt hat, um für sich oder eine andere Person eine Vergütung auszubedingen, die in keinem angemessenen Verhältnis zu der vereinbarten Arbeit stand. Die gleiche Unwirksamkeit tritt ein, wenn ein Arbeitsvertrag Bedingungen enthält, die bezüglich der in Betracht kommenden Arbeitsart der geltenden Ortssitte oder allgemeinen Übung offensichtlich zuwiderläuft. § 12 Abs. 2 schützt aber denjenigen, der auf Grund eines solchen ungültigen Arbeitsvertrages Arbeit geleistet hat. Denn die wirklich geleistete Arbeit ist zu vergüten. Der Arbeitgeber kann sich also nicht auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen. Bezüglich der Höhe dieser Arbeitsvergütung bestimmt § 13, daß, falls die Bedingungen des Arbeitsvertrages keine Anhaltspunkte

[1]) Entsch. Prager Archiv 1925, S. 110 Nr. 2415 und S. 466 Nr. 3190; 1926 S. 427 Nr. 4866.

[2]) O. Borchardt, Die Handelsgesetze des Erdballs, 3. Aufl. 1906/09, Bd. 11 I, 1, S. 48.

[3]) Vgl. Schott, S. 111 ff.

bieten, die für Arbeit der in Frage kommenden Art bestehende Ortssitte und allgemeine Übung in dieser Hinsicht maßgebend sein soll.

In Frankreich[1]) wird, wenn der Arbeitsvertrag wegen Geschäftsunfähigkeit nichtig ist, für trotzdem geleistete Arbeit ein Bereicherungsanspruch gewährt, dessen Höhe der Richter nach billigem Ermessen bestimmt. Dagegen besteht ein solcher Bereicherungsanspruch nicht, wenn der Vertrag wegen Unerlaubtheit aus öffentlichen Gründen schlechthin geleistet worden ist[2]). Im Gegensatz zum Deutschen Recht bleibt die hier bedeutsame Frage, ob eine Partei, die eine nicht rückgängig zu machende Leistung der Gegenpartei angenommen hat, sich auf die Ungültigkeit des Vertrages berufen und die Gegenleistung verweigern darf, nach französischem Recht unbeachtlich. Denn Art. 1125 Code civ.[3]) bestimmt, daß nur diejenigen Personen, die unter der Schutzvorschrift des Gesetzes stehen, die Anfechtungsklage erheben dürfen. Die geschäftsfähige Partei (les personnes capables de s'engager) sind nicht berechtigt, sich auf die Unfähigkeit ihrer Gegenkontrahenten zu berufen und die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäftes geltend zu machen. Jedoch findet sich der deutschrechtliche Grundsatz, daß Annahme der Erfüllung aus einem an sich unwirksamen Rechtsgeschäft das Recht der Verweigerung der Gegenleistung unter Hinweis auf die Ungültigkeit des Rechtsgeschäftes ausschließt, auch in der französischen Judikatur. So findet das französische Arbeitsunfallgesetz vom 9. 4. 1898 nur dann Anwendung, wenn zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeit-

---

[1]) Molitor, Europ. Arbeitsvertragsrecht Teil I, 1928, S. 29.

[2]) Aubry et Rau, Cours de droit civil francais d'après la méthode de Zachariae 5. édition revue par G. Rau et Ch. Falcimaigne 7. 1/12 Paris 1897/1922.

[3]) art. 1125 C. c.: Le mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements, que dans les cas prévus par la loi.

Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté.

nehmer ein Arbeitsvertrag geschlossen worden ist[1]). Wenn jetzt ein Arbeitgeber entgegen den gesetzlichen Verboten einen Minderjährigen in seiner Fabrik beschäftigt, der mit diesem abgeschlossene Arbeitsvertrag also nichtig ist, so fragt es sich, ob sich der Arbeitgeber, um sich von der Haftung auf Grund des Veranlassungsprinzips zu befreien, auf die Nichtigkeit des Vertrages berufen kann. Die Appellhöfe zu Nimes und Lyon[2]) erklären in einem solchen Falle trotz Unwirksamkeit des Arbeitsvertrages das Unfallgesetz für anwendbar allein aus der Erwägung heraus, daß tatsächlich Arbeit geleistet worden ist[3]).

In Italien[4]) gewährt Art. 1148 des italienischen Cod. civ. dem Arbeitnehmer, der trotz Nichtigkeit des Vertrages Arbeit geleistet hat, einen Anspruch auf Entgelt für geleistete Arbeit. Dieser Anspruch stellt sich jedoch nicht als Lohnanspruch dar, sondern ist identisch mit dem in den §§ 812 ff. des Deutschen BGB. behandelten Breicherungsanspruch. In der Regel wird der in dem nichtigen Vertrag vereinbarte Lohn die Grundlage für die Festsetzung der Höhe des Bereicherungsanspruches bilden[5]). Jedoch ist der Arbeitgeber immer, insbesondere bei Gutgläubigkeit in der Lage, seine Verpflichtung herabzusetzen, wenn er den Nachweis führen kann, daß seine Bereicherung geringer als der Wert der geleisteten Arbeit ist[6]).

In Polen[7]) sind Minderjährige, d. h. Personen unter 21 Jahren (Art. 345 des Polnischen BGB.) und Entmündigte

---

[1]) Frérejouan du Saint, Code annoté de la législation ouvrière 1908, S. 256 Nr. 250.

[2]) Cour de Nimes vom 24. 5. 1909; Cour de Lyon v. 24. 12. 1907; v. 9. 7. 1908.

[3]) Die entgegengesetzte Meinung vertritt in diesem Falle allerdings der Appellhof in Douai — cfr. Cour de Douai v. 12. 12. 1906. — Vgl. hierzu weiter die Ausführungen von Rundstein i. Arch. f. bürg. R. 43, S. 344, der zu demselben Ergebnis kommt.

[4]) Molitor, Europ. ARB. Vertr.R. I 1928, S. 87.

[5]) Barassi, Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano 1915/17, 2. Aufl. Bd. 2, S. 246.

[6]) Mailand vom 2. 3. 1909. Monit. dei Trib. 1909, 810.

[7]) Vgl. Schott, S. 164.

geschäftsunfähig (Art. 1124 Code Napoléon, art. 501 II Pol. BGB.). Für sie kann rechtswirksam ebenso wie im Deutschen Recht nur ihr gesetzlicher Vertreter handeln. Leistet aber der minderjährige oder geschäftsunfähige Arbeitnehmer Arbeit, und ist demzufolge der Arbeitsvertrag nichtig, so gewährt man im Anschluß an die französische Praxis einen Entschädigungsanspruch nach dem Wert der geleisteten Dienste[1]).

Ebenso wie in Polen gilt auch in Rumänien[2]) die Bestimmung, daß Minderjährige, d. h. Personen unter 21 Jahren, absolut geschäftsunfähig sind. Auch hier kann nach dem sogenannten Repräsentationsprinzip nur der gesetzliche Vertreter wirksam für sie Geschäfte tätigen. Ausnahmsweise sind die Minderjährigen nur relativ geschäftsunfähig, und es gilt in diesen Fällen das sogenannte Ermächtigungsprinzip. Unter diese Ausnahmen fallen die Verträge persönlicher Art, insbesondere also der Arbeitsvertrag. Schließt jedoch ein Minderjähriger einen Arbeitsvertrag ab, ohne daß er von seinem gesetzlichen Vertreter die Ermächtigung hierzu erhalten hat, so hat das Fehlen dieser Ermächtigung keinesfalls die Unwirksamkeit des Vertrages zur Folge. Ist dieser Vertrag jedoch seinem ganzen Inhalte nach für den minderjährigen Arbeitnehmer nachteilig, so kann der Arbeitsvertrag angefochten werden[3]) (Art. 951 u. 1157 C. c. = Art. 1305 Code Napoléon). Zugunsten der Minderjährigen ist jedoch durch Artikel 39 Abs. III des Gesetzes über die Arbeitsverträge (Ministerial offizial, Teil I, Nr. 74 v. 5. 4. 1929) das gemeine Recht insoweit abgeändert worden, als bereits Jugendliche, die das Alter von 18 Jahren vollendet haben, unabhängig davon, ob sie für volljährig erklärt worden sind oder nicht, hinsichtlich des Vertrags-

---

[1]) Sammlung Litauer, Anm. 16 zu Art. 1780 Code Napoléon.

[2]) Vgl. Schott, S. 268.

[3]) Plastara: Tratat des legislatie industriala (Abhandlung über die industrielle Gesetzgebung). Bukarest 1908 bei Alcalay et Co. IV, 89, S. 65. Matei B. Cantacuzino: „Elementele dreptuloi civil" (Die Elemente des bgl. R.). Bukarest, Verlag Cartea Românească, S. 407 ff.

schlußrechtes volle Freiheit genießen, und nicht mehr auf ihren Beistand angewiesen sind.

In Rußland[1]) ist die Grenze für Minderjährige das 18. Lebensjahr. Solche Personen können an sich Verträge nur mit Genehmigung ihrer gesetzlichen Vertreter abschließen. Als sondergesetzliche Bestimmung hierzu erklärt jedoch Artikel 31 des Arbeitsgesetzbuches vom 9. 11. 1922[2]), daß die Minderjährigen hinsichtlich der Arbeitsverträge den Volljährigen rechtlich durchaus gleichzustellen sind. Die Beschäftigung von Minderjährigen unter 16 Jahren ist gemäß Artikel 135 des Zivilgesetzbuches vom 31. 10. 1922 verboten. Ist eine Person unter 16 Jahren trotzdem zu einem Arbeitgeber in ein tatsächliches Arbeitsverhältnis getreten, so bestimmt Art. 148 ZGB. im Interesse des Minderjährigen folgendes: „Ist ein Vertrag deswegen nichtig, weil er von einem Geschäftsunfähigen abgeschlossen worden ist, so ist jede der beiden Parteien verpflichtet, alles, was sie nach dem Vertrage erhalten hat, zurückzugewähren. Der geschäftsfähige Vertragsgegner ist verpflichtet, dem Geschäftsunfähigen den diesem durch Eingehung des Vertrages zugefügten positiven Vermögensschaden zu ersetzen."

Weiterhin befaßt sich noch die Gesetzgebung in Ungarn[3]) mit dieser speziellen Frage. § 722 des Entw. zum Ung. BGB. von 1916 bestimmt, daß Verträge, die von Minderjährigen ohne Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter geschlossen worden sind, rückwirkend gültig sein sollen, sofern der Minderjährige seine Dienste vertragsmäßig persönlich geleistet hat, und entweder überhaupt kein Entgelt oder ein zu geringes Entgelt vereinbart worden ist.

---

[1]) Vgl. Schott, S. 313 ff.

[2]) Art. 31 (i. d. Fassung d. Gesetzes v. 20. 12. 1927, Izvestija 1927 Nr. 13): „Minderjährige sind hinsichtlich des Arbeitsvertrages den Volljährigen rechtlich gleichgestellt. Eltern, Adoptiveltern, Vormünder und Pfleger, sowie Anstalten und Amtspersonen, denen die Aufsicht über die Einhaltung der Arbeitsschutzgesetze obliegt, haben das Recht, die vorzeitige Auflösung eines Vertrages zu verlangen, wenn dessen Fortdauer die Gesundheit des Minderjährigen bedroht oder überhaupt für sie nachteilig ist."

[3]) Vgl. Schott, S. 473.

Lebenslauf.

Am 2. Januar 1902 wurde ich in Eberswalde (Provinz Brandenburg) als Sohn des Fleischermeisters Emil Mählike und seiner Ehefrau Klara, geb. Schadowski, geboren. Ich bin Preuße und evangelischer Konfession.

Von meinem 6. Lebensjahre ab besuchte ich die Vorschule und das Wilhelms-Gymnasium zu Eberswalde. Die Reifeprüfung bestand ich am 24. Februar 1920. Ich studierte zunächst an der Universität Berlin Staatswissenschaften und Jura und trat dann, genötigt durch die schlechte Wirtschaftslage der Inflationszeit, in den Dienst der Deutschen Bank, Berlin. Am 1. Oktober 1925 schied ich auf meinen Wunsch aus den Diensten der Bank, um das Studium wieder aufzunehmen. Ich widmete mich sodann dem Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Berlin und Breslau.

Am 17. Dezember 1928 legte ich das erste juristische Staatsexamen am Oberlandesgericht in Breslau ab. Seit dem 18. Januar 1929 befinde ich mich im Vorbereitungsdienst und bin z. Zt. dem Landgericht I in Berlin zur weiteren Ausbildung überwiesen. Am 7. Februar 1929 habe ich die mündliche Doktorprüfung an der Universität Breslau bestanden.

Walter Mählike.